

TI_GERICHTE 14.2000.124 vom 29. Dezember 2000

TI Tribunale d'appello, 2000-12-29, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2000.124

FR: TI_GERICHTE 14.2000.124 du 29 décembre 2000

IT: TI_GERICHTE 14.2000.124 del 29 dicembre 2000

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Volltext

Ticino Tribunale di appello diritto civile La Camera di esecuzione e fallimenti 29.12.2000
14.2000.124

Sentenza o decisione senza scheda

Incarto n. 14.2000.00124 Lugano 29 dicembre 2000 /FC/kc In nome della Repubblica e Cantone del Ticino La Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale Autorità giudiziaria superiore dei concordati composta dei giudici: Cometta, presidente, Pellegrini e Zali segretaria: Baur Martinelli, vicecancelliera statuendo nella causa a procedura sommaria appellabile in materia di procedura concordataria connessa alla moratoria concessa il 4 maggio 2000 dalla Pretura di Locarno–Campagna a _____ richiamata la sentenza 24 novembre 2000 del Pretore di Locarno–Campagna che non ha omologato il concordato proposto da _____ sentenza tempestivamente impugnata da _____ con appello 6 dicembre 2000 chiedente l'omologazione del concordato con abbandono dell'attivo, previo annullamento della sentenza pretorile; ritenuto in fatto:

A. Il 13 aprile 2000 il Pretore di Locarno–Campagna ha revocato per rinuncia del debitore una prima moratoria di 6 mesi concessa a _____ l'11 ottobre 1999, con _____ quale commissario. B. Con istanza 2 maggio 2000 _____ ha chiesto una nuova moratoria, prospettando un dividendo dal 40 al 50% (cfr. istanza p. 3) fondato su attivi per fr. 253'563.– (già dedotti fr. 330'000.– di debito ipotecario sul fondo n. _____ RFD di _____ e fr. 20'000.– per le spese di vendita del fondo) e passivi per fr. 429'480.93. C. Con decreto 4 maggio 2000 il Pretore ha concesso una moratoria di quattro mesi, designando l'avv. _____ quale commissario. D. Il 16 agosto 2000 il Commissario ha chiesto al Pretore l'autorizzazione alla mutazione del tipo di concordato – da ordinario a concordato con abbandono dell'attivo – ottenendola implicitamente con il decreto pretorile di egual data con cui la moratoria è stata prorogata di altri due mesi. E. Nella relazione 2 ottobre 2000 del Commissario ai creditori viene prospettata una realizzazione degli attivi tale da consentire un dividendo del 15,12% (cfr. classificatore, relazione, p. 6), sulla base di un valore peritale di fr. 472'300.– del fondo n. _____ RFD di _____ (cfr. relazione, p. 6 con riferimento alla perizia dell'arch. _____) e con il rilievo che tale _____ si è interessata all'acquisto per fr. 350'000.– e che "ancora questa settimana il signor _____ di _____ si è dichiarato interessato ad acquistare il fondo per fr. 460'000.–" (cfr. relazione, p. 4). Nelle sue considerazioni finali il Commissario rilevava che "una procedura fallimentare avrebbe inoltre quale effetto che gli attivi verrebbero comunque alienati, secondo una procedura di vendita all'asta pubblica, dal competente organo esecutivo. Evidentemente, molto verosimilmente, la vendita forzata non

tutelerebbe i creditori come una vendita a trattative private che risulta possibile solo con questa procedura. In altri termini la mancata accettazione del presente concordato non permetterebbe ai creditori di trarre un maggior ricavo. Al contrario l'accettazione del concordato permetterebbe al signor _____ di salvarsi dal tracollo finanziario e di ripartire da zero" (cfr. relazione, p. 7). F. Il 2 ottobre 2000 il debitore _____ ha rilasciato procura a _____ affinché abbia a rappresentarlo all'assemblea dei creditori del 6 ottobre 2000 (cfr. classificatore). G. Il 16 ottobre 2000 si è svolta l'assemblea dei creditori, che ha designato – nell'ipotesi di omologazione del concordato – il Commissario quale liquidatore e _____ in qualità di Delegazione dei creditori (relazione 30 ottobre 2000 del Commissario, p. 2, n. 1.2). H. Dalla relazione 30 ottobre 2000 del Commissario al Pretore emerge – oltre a quanto già indicato nella pregressa relazione del 2 ottobre 2000 (cfr. supra, ad E) – che: – "l'unica persona che ha dimostrato un interesse particolare e offerto un prezzo ragionevole" è tale _____ che "il 2 ottobre 2000 si è dichiarato interessato ad acquistare il fondo [n. _____ RFD di _____] per la somma di fr. 460'000.–, attestando tale sua volontà per iscritto" (cfr. relazione p. 5); – il fondo n. _____ RFD di _____ è stato stimato dal Commissario prudenzialmente in fr. 400'000.– a fronte di fr. 472'300.– indicati nella perizia dell'arch. _____; – se il fondo n. _____ RFD di _____ fosse venduto a trattative private per fr. 460'000.– a _____ ne risulterebbe un dividendo dell'8,3% [recte: "dell'8% circa che, dedotte le spese, potrebbe fissarsi attorno al 6%", cfr. relazione p. 10] per i creditori chirografari, mentre se il fondo fosse venduto al valore di fr. 400'000.– attribuitogli dal Commissario rimarrebbero scoperti anche i creditori privilegiati (cfr. relazione p. 8); – hanno già aderito al concordato 12 creditori per complessivi fr. 220'492.90 (tra cui il _____ per fr. 34'054.15) a fronte di 20 creditori con diritto di voto per complessivi fr. 328'318.57, con la soglia quantitativa richiesta fissata in fr. 218'879.05 (corrispondenti ai 2/3 dell'importo totale entrante in linea di conto). I. Il 10 novembre 2000 si è svolta l'udienza di omologazione. L. Il 13 novembre 2000 il Commissario ha reso noto ai creditori aventi diritto di voto che, contrariamente a quanto prospettato, _____ aveva rinunciato all'acquisto per fr. 460'000.– "motivando pretestuosamente questa sua decisione con il fatto che il prezzo era troppo caro". Di conseguenza i chirografari – che avevano aderito alla proposta di concordato sulla base dell'imminente vendita per fr. 460'000.– del noto fondo – sono stati invitati a comunicare entro 5 giorni se mantenevano la loro adesione. M. Con lettera 14 novembre 2000 il _____ ha comunicato di considerare nulla la sua adesione del 13 ottobre 2000. N. Con atto 21 novembre 2000 il Commissario ha reso noto al Pretore che, con il ritiro del _____, è venuta a mancare la maggioranza richiesta in capitale. O. Con sentenza 24 novembre 2000 il Pretore non ha ammesso il concordato, mancando il requisito dell'adesione dei 2/3 dei crediti computabili. Per il primo giudice, l'adesione data può essere revocata secondo _____ / _____ fino alla decisione di omologazione, ritenuto che per _____ è necessario che il creditore invochi un vizio di volontà, presupposto che nel caso di specie risulta adempiuto. P. Con ricorso 6 dicembre 2000 _____ è dell'avviso che il _____ non possa più ritirare l'adesione già data, ritenuto che contrariamente all'opinione da esso espressa resta ancora possibile la vendita del noto fondo a trattative private. Considerato in diritto: 1. Contro il giudizio di non omologazione del concordato è data in linea di principio facoltà d'appello alla Camera di esecuzione e fallimenti quale Autorità giudiziaria superiore dei concordati, ora anche in conformità dell'art. 18 cpv. 2 LALEF (cfr., tra tante, CEF 18 maggio 1999 in re M. P. E. SA cons. 1; 2 giugno 1995 in re H. J. S.; 9 luglio 1991 in re A.

R., in: Rep . 1992 p.306; 24 marzo 1989 in re L. SA; 20 maggio 1987 in re A. M., in: Rep . 1989 p.208 cons. 1; Rep . 1985 p.39; Flavio Cometta , La procedura concordataria nel nuovo diritto, in: La revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, Collana CFFG rossa vol. 16, Lugano 1996, p. 150, n. 11.1.1.a; d'altro avviso, ma errato, Fritzsche/Walder , Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, vol. II, Zurigo 1993, §71 n.5, p.591). 2. Il debitore è legittimato a ricorrere contro la decisione di non omologazione del concordato emessa dall'Autorità giudiziaria inferiore dei concordati. 3. Le maggioranze richieste per l'omologazione del concordato sarebbero state raggiunte, se un creditore non avesse ritirato l'adesione prima della decisione del Pretore. a) Sulla liceità del ritiro dell'adesione, le opinioni dottrinali divergono. Carl Jaeger, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. II, Zurigo 1911, n. 6 all'art. 302 LEF, è dell'avviso che l'adesione manifestata durante o dopo l'assemblea dei creditori non sia più revocabile ["die in bezw. nach der Gläubigerversammlung erteilte Zustimmung ist nicht mehr widerruflich", con riferimento a due sentenze cantonali di Berna e Zurigo in tal senso e con l'opinione contraria espressa in una sentenza friborghese]. Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. ediz., Berna 1997, § 54, n. 67, ritengono per contro che il limite estremo per il ritiro dell'adesione sia quello fisiologico del momento della decisione di omologazione ex art. 305 cpv. 1 LEF ["Zuzustimmen kann man bis zum Bestätigungsentscheid (SchKG 305 I). Bis zu diesem Zeitpunkt darf man seine Zustimmung aber auch wieder zurückziehen"]. Hans Ulrich Hardmeier, Basler Kommentar zum SchKG, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, n. 16 all'art. 305 LEF, dopo aver ribadito il principio secondo cui l'adesione non può più essere revocata (con riferimento a Jaeger [op. cit., n. 6 all'art. 302 LEF], ma con l'errata indicazione aggiuntiva dell'opinione di Pierre-Robert Gilliéron, Les conditions d'homologation du concordat dans la pratique judiciaire vaudoise, in: BISchK 1983, p. 9 [e non p. 428 come erroneamente riportato], n. 4.2.4., che non si esprime però su ipotesi di ritiro dell'adesione ma si limita ad affermare che il consenso può essere formulato solo fino al momento della decisione di omologazione ["l'autorité de concordat doit prendre en considération toutes les adhésions qui lui parviennent jusqu'à la délibération sur le projet de concordat"]), ammette in casi estremi un'eccezione quando il successivo cambiamento d'opinione sia giustificato da pregresse carenze nella formazione della volontà ["ein Widerruf könnte m.E. höchstens da zugelassen werden, wo sich der Gläubiger auf einen Willensmangel (Art. 23 ff. OR) berufen kann"]. b) Questa Camera è dell'avviso che si imponga una linea mediana tra gli estremi rappresentati da _____ e _____ / _____ più incisiva della timida apertura prospettata da _____, nel senso che l'adesione data possa successivamente essere revocata ove si realizzi almeno una delle seguenti condizioni alternative: aa) la determinazione precedente è stata influenzata da vizi nella formazione della volontà; bb) sono subentrati nuovi elementi rilevanti per l'accettazione o il rifiuto della proposta di concordato. Nelle ipotesi evocate la volontà dei creditori non si è infatti potuta esprimere compiutamente e sulla base di tutti gli elementi disponibili all'Autorità giudiziaria inferiore dei concordati al momento della decisione di omologazione o di rigetto. c) Nel caso di specie entrambe le ipotesi si sono verificate, atteso che: aa) il Commissario aveva prospettato nella sua relazione 2 ottobre 2000 ai creditori una realizzazione degli attivi tale da consentire un dividendo del 15,12% sulla base di un valore peritale di fr. 472'300.– del fondo n. _____ RFD di _____ (cfr. relazione, p. 6 con riferimento alla perizia dell'arch. _____) a fronte di una valutazione prudente di fr. 400'000.– e con il rilievo che vi era un acquirente interessato ad acquistare il fondo per fr. 460'000.– a condizione che il trapasso di proprietà

avvenisse in tempi brevi. Nelle sue considerazioni finali il Commissario aveva rilevato che in sede di liquidazione fallimentare non si sarebbe più potuto far capo alla vendita a trattative private, con conseguente minor introito realizzabile (cfr. relazione, p. 7). Orbene, la vendita a trattative private di un fondo è possibile non solo in sede di liquidazione concordataria ma anche nella liquidazione fallimentare. Per l'art. 256 cpv. 3 LEF i beni di cospicuo valore e i fondi possono essere realizzati a trattative private soltanto se è stata data la possibilità ai creditori di formulare offerte superiori. Ne consegue che non occorre aderire alla proposta di concordato se la volontà era fondata – come nel caso del creditore _____ – sull'opportunità della vendita a trattative private, nella convinzione che le stesse modalità non valessero anche per il fallimento. bb) Rilevante per l'accettazione del creditore _____ è stato il convincimento che già vi fosse un acquirente per fr. 460'000.– e in tempi brevi. La comunicazione del ritiro dell'offerta d'acquisto – tempestiva e conforme al diritto esecutivo federale, correttamente espressa tanto dal debitore che dal Commissario – è stata costitutiva di un nuovo elemento decisivo per l'adesione o il rifiuto della proposta concordataria. Lo stesso Commissario ha avuto corretta nozione di siffatta rilevanza e ha opportunamente risottoposto il novum a tutti i creditori, che avevano dato la loro adesione sulla base di un elemento nel frattempo cambiato. Il fatto che il _____ abbia mutato parere sulla base di un fatto rilevante intervenuto ancor prima della determinazione giudiziale è del tutto conforme al diritto esecutivo federale. A ben vedere non si tratta di revoca del consenso ma della prima espressione di volontà sulla base dei nuovi dati di fatto rilevanti per l'adesione o il rifiuto della proposta di concordato. Ne consegue la liceità della determinazione del _____ con il corrispondente non conseguimento della doppia maggioranza richiesta ex art. 305 cpv. 1 LEF, essendo venuto meno il requisito dei due terzi dei crediti entranti in linea di conto. L'appello va respinto e il giudizio pretorile confermato. 4. In via abbondanziale va ricordato che il concordato già non poteva essere omologato in difetto del requisito del maggior vantaggio per i creditori del concordato con abbandono dell'attivo rispetto al fallimento. Per l'art. 306 cpv. 2 n. 1bis LEF l'omologazione è infatti subordinata anche alla condizione che il ricavo della realizzazione o la somma offerta dal terzo devono apparire superiori al prezzo conseguibile mediante una liquidazione in via di fallimento. Si tratta di presupposto oggettivo per l'omologazione, che dovrà essere reso verosimile in termini affidabili e tali da consentire di prendere sanzioni, nell'ipotesi che retrospettivamente si dovesse constatare che in luogo di attivi sono stati abbandonati in sostanza solo passivi e che lo sbilancio manifesto doveva essere noto anche al commissario, se solo avesse usato la diligenza richiesta dalle circostanze (Cometta , op. cit., p. 159, n. 13.2.3.a). Il presupposto secondo cui il concordato deve determinare maggiori vantaggi ai creditori per raffronto al fallimento codifica un principio giurisprudenziale che nel Cantone Ticino è stato spesso richiamato negli ultimi anni – e non solo per il concordato con abbandono dell'attivo (CEF 9 luglio 1991 in re Stato del Cantone Ticino, in: Rep . 1992 p. 306: "Dovere del commissario di specificare il motivo che rende preferibile il concordato con abbandono dell'attivo al fallimento") – in connessione con attitudini manifestamente contra legem di commissari non sempre consapevoli della loro funzione al di sopra delle parti. Il commissario è infatti un organo ufficiale dello Stato cui compete l'equanime salvaguardia dei legittimi interessi dei creditori e del debitore (Rep . 1990 p. 310): il suo dovere istituzionale non è di giungere ad ogni costo all'omologazione ma di adoperarsi affinché la procedura si svolga secondo i canoni del diritto esecutivo federale (Cometta , op. cit., p. 160, n. 13.2.3.b). a) Il Commissario ha in sostanza motivato la proposta concordataria con abbandono dell'attivo – oltre a

considerazioni irrilevanti sul vantaggio che il debitore ne potrà ricavare – per il fatto che con la vendita in tempi brevi del noto fondo per fr. 460'000.– sarà possibile distribuire un dividendo ancorché minimo (dell'ordine del 6% netto). L'affermazione, del tutto conforme allo stato degli atti nel momento in cui è stata espressa, tiene conto della valutazione prudentiale del fondo che il Commissario aveva situato attorno a fr. 400'000.–. Ne consegue che, ove si fosse perfezionato l'acquisto secondo le modalità prospettate, il requisito dell'art. 306 cpv. 2 n. 1bis LEF sarebbe stato adempiuto nel caso di specie in ragione dell'entità della somma offerta (fr. 460'000.–) e della conseguente celerità nel pagamento riconducibile all'urgenza manifestata dall'interessato alla compravendita. b) Il successivo cambiamento di rotta operato dall'interessato all'acquisto ha mutato sostanzialmente le condizioni di fatto su cui fondare la domanda di omologazione. L'attento Commissario si è tempestivamente reso conto di tale rilevanza ed ha sottoposto – come era suo preciso dovere istituzionale – la nuova situazione ai creditori chirografari con diritto di voto affinché si esprimessero per la prima volta sulla nuova situazione determinata dal rifiuto all'acquisto. c) A prescindere dal non conseguimento della doppia maggioranza richiesta ex art. 305 cpv. 1 prima ipotesi LEF, il concordato proposto da _____ non sarebbe potuto essere omologato anche per carenza del presupposto oggettivo ex art. 306 cpv. 2 n. 1bis LEF che il ricavo della realizzazione o la somma offerta dal terzo sarebbero dovuti apparire superiori al prezzo conseguibile mediante una liquidazione in via di fallimento. 5. Si è visto che il 2 ottobre 2000 il debitore _____ ha rilasciato procura a _____ affinché abbia a rappresentarlo all'assemblea dei creditori del 6 ottobre 2000 (cfr. classificatore). Il 16 ottobre 2000 si è svolta l'assemblea dei creditori, che ha designato – nell'ipotesi di omologazione del concordato – il Commissario avv. _____ quale liquidatore e _____ e _____ in qualità di Delegazione dei creditori (relazione 30 ottobre 2000 del Commissario, p. 2, n. 1.2). a) A futura memoria è opportuno ricordare che nella delegazione dei creditori non può essere designato un rappresentante del debitore, ritenuto che: – anche la delegazione dei creditori nel concordato con abbandono dell'attivo funge da organo d'esecuzione necessario (DTF 122 III 337) – come il liquidatore – ed esercita funzioni di diritto pubblico nell'ambito dell'amministrazione della giustizia. Essa è designata dall'assemblea dei creditori (art. 317 cpv. 2 LEF) al termine della fase che precede il giudizio pretorile sull'omologazione; – mentre il ruolo del liquidatore è in sostanza quello dell'amministrazione fallimentare, la funzione della delegazione dei creditori è nel concordato con abbandono dell'attivo ancora più importante di quella svolta dall'organo omologo nel fallimento. Infatti, l'insieme dei creditori del fallito costituisce nel fallimento la massa passiva dei creditori, entità giuridica sui generis di diritto pubblico capace di essere parte (art. 250 cpv. 1 e 260 cpv. 1 LEF; art. 63 cpv. 2 RUF) e come tale di acquisire diritti (ad esempio per surrogazione ex art. 215 cpv. 2 LEF) e di assumersi obblighi (art. 213 cpv. 2 n. 2 LEF). Per contro, nella fase di liquidazione del concordato con abbandono dell'attivo, la massa passiva non svolge in linea di principio alcun ruolo istituzionale (Konrad Baumann, *Le rôle des liquidateurs lors de la réalisation des immeubles compris dans un concordat par abandon d'actif*, in: BLSchK 1990, p. 43; Roland Ruedin, *Problèmes du droit concordataire*, in: BLSchK 1978, p. 75) poiché in sostanza è stata sostituita dalla delegazione dei creditori, organo che è pertanto chiamato a svolgere una delicata funzione che ne accresce il potere con il logico corollario di una responsabilità accresciuta. La delegazione svolge una funzione di controllo e di vigilanza nei confronti del liquidatore e funge quale autorità di ricorso di primo grado contro i provvedimenti del liquidatore concernenti la realizzazione dell'attivo; essa deve inoltre dare il proprio accordo

sulle modalità e sul momento della realizzazione determinati dal liquidatore (Flavio Cometta , Commentario alla LPR, Lugano 1998, p. 67 s., n. 3.8.1.b); – i membri della delegazione dei creditori svolgono una funzione di interesse generale, volta all'ordinato corso della liquidazione della procedura concordataria, tenendo in particolare presente il principio della parità di trattamento di tutti i creditori (e non solo di quello o quelli che rappresentano). Come organo pubblico dello Stato nell'esercizio delle loro funzioni di diritto esecutivo, i membri della delegazione dei creditori sottostanno all'Autorità cantonale di vigilanza: a differenza del liquidatore, soggetto alla responsabilità secondaria ex art. 5 LEF, essi rispondono secondo l'art. 41 CO in prima persona e direttamente dei danni causati illecitamente, sia con intenzione che per negligenza (Amonn/Gasser , op. cit., § 55, n. 30, p. 470); – le norme sulla ricusazione (art. 10 LEF) e sul divieto di concludere per proprio conto affari connessi alla funzione esercitata (art. 11 LEF, negozi giuridici vietati), benché non richiamate espressamente nella LEF, è ovvio che debbano trovare puntuale applicazione in sede di liquidazione del concordato con abbandono dell'attivo (DTF 56 III 163 cons. 3; Antoine Favre , Droit des poursuites, Friburgo 1974, p. 38 s.; Peter Ludwig , Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung [Liquidationsvergleich], insbesondere seine Durchführung gemäss Art. 316a ff. SchKG, Berna 1970, p. 53; Arthur Tschan , Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung [Liquidationsvergleich] in der Praxis, in: BLSchK 1955, p. 40; Ernest Brand , Concordat III – Concordat par abandon d'actif, in: FJS n. 960 [1946], p. 4, tanto più nella misura in cui coinvolgono i membri della delegazione dei creditori in qualità di organo di accresciute prerogative e responsabilità), tanto più nella misura in cui coinvolgono i membri della delegazione dei creditori in qualità di organo di accresciute prerogative e responsabilità (Cometta , op. cit., p. 68, n. 3.8.1.d). b) Ne consegue che una delle due persone designate nella delegazione dei creditori (_____) non avrebbe potuto svolgere le sue funzioni istituzionali per incompatibilità riconducibile a doppia rappresentanza. Visto l'esito della procedura concordataria, siffatto errore resta senza effetti sull'esito della vicenda esecutiva. 6. L'appello va pertanto respinto. La tassa di giustizia è caricata all'appellante in quanto parte soccombente (art. 54 e 61 cpv. 1 OTLEF). Visto l'esito, la domanda per la concessione dell'effetto sospensivo è divenuta priva d'oggetto. Questo giudizio verrà pubblicato sul FUSC e sul FUC per consentire ad ogni creditore di esercitare il diritto ex art. 309 LEF di chiedere, entro venti giorni dalla pubblicazione, l'immediata dichiarazione di fallimento. Richiamati gli art. 5, 10, 293 ss., 302, 304, 305 cpv. 1, 306 cpv. 2 n.1bis e 317 ss. LEF; 18 cpv. 2 LALEF, pronuncia:

1. L'appello 6 dicembre 2000 di _____, è respinto. 1.1 Di conseguenza il giudizio di prima sede viene confermato nel senso che il concordato con abbandono dell'attivo proposto da _____, non è omologato. 2. Ogni creditore può chiedere, entro venti giorni dalla pubblicazione, l'immediata dichiarazione di fallimento di _____.
3. È ordinata la pubblicazione dei dispositivi n. 1, 1.1 e 2 di questa sentenza sul Foglio ufficiale svizzero di commercio e sul Foglio ufficiale cantonale.
4. La tassa di giustizia in fr. 250.–, comprensiva delle spese di pubblicazione, è a carico di _____.
5. Intimazione a _____.

Comunicazione: – _____ Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale Autorità giudiziaria superiore dei concordati Il
presidente La segretaria